

TE OGH 2008/12/16 11Os106/08k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.12.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 16. Dezember 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher, Dr. Schwab, Mag. Lendl und Dr. Bachner-Foregger als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Gebert als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Toni D***** und andere Angeklagte wegen Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Maximilian K***** sowie die Berufung der Natascha Ku***** gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 25. März 2008, GZ 64 Hv 2/08v-81, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufungen werden die Akten dem Oberlandesgericht Wien zugeleitet.

Dem Angeklagten Maximilian K***** fallen auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen - in seiner Ausfertigung durch Beschluss des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 8. September 2008 an den mündlichen Urteilsspruch angeglichenen - Urteil, das auch in Rechtskraft erwachsene Schuldsprüche hinsichtlich der Angeklagten Toni D***** und Natascha Ku***** enthält, wurde Maximilian K***** der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 (zu ergänzen:) Z 1 erster und zweiter Fall sowie Abs 2 SMG (I./A./2./), der Vergehen nach § 27 Abs 1 sechster Fall SMG aF (I./B./2./ und I./C./) sowie der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit psychotropen Stoffen nach § 30 Abs 1 sechster Fall SMG aF (II./) schuldig erkannt. Danach hat Maximilian K***** in Wien

I./A./2./ von April 2007 bis 1. November 2007 täglich im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit Natascha Ku***** (§ 12 StGB) vorschriftswidrig Suchtgifte, nämlich 0,5 Gramm bis 1 Gramm Heroin ausschließlich zum persönlichen Gebrauch erworben und besessen; I./B./2./ im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit Natascha Ku***** (§ 12 StGB) den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgifte, nämlich Heroin, welches insgesamt weniger als drei Gramm reines Heroin enthielt, durch Verkauf gewerbsmäßig anderen überlassen, wobei sie an Suchtmittel gewöhnt waren und die Taten vorwiegend deshalb begingen, um sich für ihren persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen, nämlich

a./ von April 2007 bis 1. November 2007 an den abgesondert verfolgten Matthias P***** 80 Gramm;

b./ von Sommer 2007 bis Oktober 2007 in vier Angriffen je ein Gramm an den abgesondert verfolgten Sven L*****;

c./ in der Zeit von September 2007 bis 1. November 2007 und am 1. November 2007 in zwei Angriffen je ein Gramm an den abgesondert verfolgten Thomas Ke*****;

d./ von September 2007 bis 1. November 2007 in vier Angriffen je zwei Gramm an den abgesondert verfolgten Robert H*****;

I./C./ im Jahr 2006 den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift, nämlich eine geringe Menge Marihuana Martina R***** überlassen;

II./ von Mai 2007 bis 1. November 2007 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit Natascha Ku***** § 12 StGB) vorschriftswidrig in wöchentlichen Angriffen psychotrope Stoffe anderen überlassen, und zwar durch Verkauf einer insgesamt nicht feststellbaren Menge Somnubene-Tabletten an unbekannt gebliebene Konsumenten.

Rechtliche Beurteilung

Gegen dieses Urteil richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 9 lit a und lit b, 10, 10a und 11 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, der keine Berechtigung zukommt.

Die gegen Punkt II./ des Urteilsspruchs gerichtete Rechtsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO) bestreitet mit dem Hinweis, diese Bezeichnung sei in der Psychotropen-Verordnung (Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales über den Verkehr und die Gebarung mit psychotropen Stoffen, BGBl II 1997/375 idF BGBl II 2005/409) nicht enthalten, die Einordnung von Somnubene-Tabletten als psychotrope Stoffe (§ 30 SMG) und demzufolge die Unterstellung des Urteilssachverhalts unter § 30 Abs 1 sechster Fall SMG aF. Dabei übersieht der Nichtigkeitswerber, dass das Medikament Somnubene gerichtsnotorisch (13 Os 10/07f, 13 Os 74/08v uva) den Wirkstoff Flunitrazepan enthält, welcher einen psychotropen Stoff darstellt (siehe Psychotropen-Liste im Einführungserlass des Bundesministeriums für Justiz zum Suchtmittelgesetz, JMZ 703.0208/5-II.2./1997 sowie deren Anhang Punkt 1., Hinterhofer/Rosbaud, SMG § 30 Rz 7). Indem das Erstgericht den Handelsnamen des Medikaments verwendete, hat es eindeutig zum Ausdruck gebracht, auch seinen Inhalt feststellen zu wollen. Da mit einer Rechts-, ebenso wie mit einer Subsumtionsrüge ausschließlich Ableitungen verfehlter rechtlicher Konsequenzen aus den festgestellten Tatsachen kritisiert werden können, die entsprechende Konstatierung des Erstgerichts aber übergeangen wird, ist die Beschwerde nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt. Unter demselben Nichtigkeitsgrund wendet sich der Beschwerdeführer zum Urteilsfaktum I./B./2./ gegen die Zurechnung einzelner Teilaktionen des gewerbsmäßigen Suchtgiftverkaufs und releviert, es sei ihm auf Basis der Urteilsannahmen (wonach „der Zweit- und die Drittangeklagte Heroin an eigene Abnehmer weitergaben, das sie unter anderem vom Erstangeklagten bezogen hatten, wobei sie das Suchtgift entweder ohnehin gemeinsam eingekauft hatten, oder der eine jeweils vom Suchtgifteinkauf des anderen konkret wusste und sie ferner entweder ohnehin gemeinsam das Suchtgift an ihre Abnehmer weitergaben oder aber dies allein mit dem Wissen des jeweils anderen taten, wobei der Erlös in eine gemeinsame Kasse floss, aus der letztlich wieder Heroin für den Eigenkonsum von beiden erworben wurde ... "[US 9 f]) keine Beteiligung an den von Natascha Ku***** allein durchgeführten Suchtgiftan- und verkaufen anzulasten. Die Beschwerde legt nicht dar, weshalb - in Anbetracht der Gleichwertigkeit der Täterschaftsformen des § 12 StGB - die vom Erstgericht getroffenen Wahlfeststellungen hinsichtlich der Beteiligungsformen in rechtlicher Hinsicht zu dem Ergebnis führen sollten, dass der nicht zwingend stets am Tatort anwesende, aber das Suchtgiftgeschäft in jedem Fall unterstützende Beschwerdeführer nicht als Täter haften sollte (Fabrizy in WK² § 12 Rz 124). Dass die Urteilsfeststellungen, wonach die Mitwirkung des Angeklagten Maximilian K***** teils in unmittelbarer Täterschaft, teils aber zumindest in Form eines psychischen Tatbeitrags erfolgt ist, für den Schulterspruch nicht ausreichten, wird nicht prozessordnungskonform zur Darstellung gebracht.

In der weiteren Rechtsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO) stellt der Beschwerdeführer unter Hinweis darauf, er habe für die an seine Abnehmer übergebenen Somnubene-Tabletten seinerseits die Rezeptgebühr und eine Privatstunde beim Arzt bezahlen müssen, eine gewinnbringende Veräußerung in Frage und behauptet eine uneigennützige Weitergabe als eine der Voraussetzungen des Strafaufhebungsgrunds des § 30 Abs 2 Z 2 SMG aF. Dabei übergeht er die - vom Erstgericht im Rahmen der rechtlichen Beurteilung nachgeholte, indes - ausdrückliche Feststellung, dass er aus der entgeltlichen Überlassung von Somnubene-Tabletten einen Vorteil gezogen hat (US 19) und verlässt somit erneut den Anfechtungsrahmen.

Indem die Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) die rechtliche Unterstellung der dem Schulterspruch laut I./B./2./

und I./C./ zugrundeliegenden Taten (auch) unter § 27 Abs 2 Z 2 SMG aF fordert, ist sie nicht zum Vorteil des Beschwerdeführers ausgeführt. Überdies statuierte der zweite Halbsatz der genannten Bestimmung eine zum Ausschluss der Qualifikation nach § 27 Abs 2 Z 2 SMG aF führende Privilegierung, die nach den Urteilsfeststellungen vorliegend auch erfüllt war (US 10), sodass das Erstgericht die erwähnte Qualifikation zu Recht nicht zur Anwendung gebracht hat. Gegen die Verneinung der Voraussetzungen nach den §§ 35 Abs 2, 37 SMG richtet sich die Diversionsrügen (§ 281 Abs 1 Z 10a StPO), die sich - ohne Geltendmachung eines konkreten Feststellungsmangels in Bezug auf in der Hauptverhandlung vorgekommene Umstände, die für eine positive Beurteilung der diversionellen Voraussetzungen den Ausschlag geben könnten - allein auf den Umstand stützt, dass der arbeitslose Angeklagte drogenabhängig sei und „ohne Absicht der Maximierung“ Heroin weitergegeben habe, weil ihm „kein anderer Weg offen gestanden“ sei, seinen eigenen Suchtmittelbedarf zu befriedigen. Hiemit sowie mit dem Hinweis auf die nunmehr bestehende therapeutische Betreuung verfehlt die Beschwerde den Anfechtungsrahmen, dass nämlich die getroffenen Feststellungen die Nichtanwendung der Diversion nicht zu tragen vermögen (RIS-Justiz RS0119091, RS0117211). Sie beschränkt sich vielmehr darauf, die Einstufung der Schuld des Angeklagten als schwer zu bemängeln, womit jedoch - angesichts der formal mängelfreien und unbeanstandet gebliebenen Feststellungen zum Tatverhalten und der inneren Tatseite des Beschwerdeführers (US 8 f) - ein Nichtigkeitbegründender Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 35, 37 SMG nicht dargelegt wird. Die Sanktionsrügen (§ 281 Abs 1 Z 11 dritter Fall StPO) richten sich gegen die Nichtgewährung bedingter Strafnachsicht gemäß § 43 Abs 1 StGB und kritisiert die Erwägungen der Tatrichter, wonach ein unbedingter Strafausspruch auch - in Ansehung eines indizierten Vorgehens nach § 39 SMG - ein wirksamer Anreiz für eine Suchtmittelentwöhnung sei. Mit der Kritik, das Erstgericht ziehe in Verkennung der Intentionen des Suchtmittelrechts unzutreffend einen für die Strafzumessungsschuld irrelevanten Umstand heran, erweist sie sich ebenfalls als prozessordnungswidrig ausgeführt, weil sie den Ausspruch des Erstgerichts, dass generalpräventive aber auch spezialpräventive Gründe der Gewährung bedingter Strafnachsicht entgegenstehen (US 23), vernachlässt. Die gerügte Erwähnung der möglichen weiteren Auswirkung der Verweigerung der Rechtswohltat bedingter Strafnachsicht schadet somit nicht.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher - in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokurator, jedoch entgegen der hiezu erstatteten Äußerung des Verteidigers (§ 24 StPO) - bereits bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Erledigung der Berufungen des Maximilian K***** und der Natascha Ku***** folgt (§ 285i StPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

Anmerkung

E8971511Os106.08k

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2008:0110OS00106.08K.1216.000

Zuletzt aktualisiert am

18.02.2009

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>